

J.C. Fernández Rozas, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1349-1372. ISBN: 84-309-2333-0.

SUCESIÓN DE NORMAS Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CRISIS DE LAS SOLUCIONES UNITARIAS EN EL DERECHO INTERTEMPORAL

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. II. Conflicto de leyes en el espacio y conflicto de leyes en el tiempo. 1. Elementos de una supuesta analogía en la doctrina clásica: A) El paralelismo entre el *locus* y el *tempus*; B) Hacia la autonomía del Derecho intertemporal. 2. Elementos de una supuesta analogía desde la dimensión técnico-jurídica: A) Construcción a partir de las normas; B) Construcción a partir de los valores. III. Situaciones transitorias generadas por la sucesión de normas de DIPr y principio de especialización. 1. Acción del factor tiempo en el Derecho judicial internacional: A) El factor tiempo en la determinación de la competencia judicial internacional: la *perpetuatio iurisdictionis*; B) El factor tiempo en el plano del exequátur de sentencias extranjeras; C) El factor tiempo en el plano del exequátur de laudos arbitrales. 2. Acción del factor tiempo en el ámbito del Derecho aplicable. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. En la evolución doctrinal del Derecho Internacional Privado (DIPr) han estado siempre presentes los problemas derivados de las relaciones entre este ordenamiento y el Derecho intertemporal. Esta cuestión ha sido tradicionalmente abordada desde la perspectiva “conflictualista” por dos razones principales. En primer término, por el parentesco existente entre los conflictos de leyes en el espacio y los conflictos de leyes en el tiempo¹; en segundo lugar, por las

¹ Con carácter general, deben retenerse los siguientes trabajos: A. Cavaglieri, *Diritto interna-*

cuestiones concretas suscitadas por las normas transitorias dentro de la propia dinámica del DIPr².

Señaladamente, en relación con el Derecho aplicable, tras un siglo de estabilidad se han producido modificaciones sustanciales: *a)* a través de la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974, y las modificaciones parciales realizadas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción, y por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; *b)* por medio de la modificación de determinadas normas insertas en otros apartados del Código civil, como la practicada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, en materia de testamentos; *c)* por la aparición de nuevas disposiciones en el Código civil, como la relativa al divorcio de 1981 (nueva redacción del art. 107 C.c.); *d)* con carácter *ex novo*, o modificativas del sistema anterior: Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios (art. 10); Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaría y del cheque (arts. 98 a 105 y 162 a 167); Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de pro-

zionale privato e diritto transitorio, Verona/Padua, 1904, esp. pp. 32 ss; P. Louis-Lucas, "Traits distinctifs des conflits, de lois dans le temps et des conflits de lois dans l'espace", en *Mélanges Paul Roubier*, I, París, 1961, pp. 323 ss; H. Batiffol, "Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps", *Le droit français au milieu du XXe siècle. Eludes offerts á George Ripert*, París, 1950, pp. 292-303; W. Goldschmidt, "Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo", *Estudios jurisprudistas internacionales*, Rosario, 1969, pp. 283-322. Desde una perspectiva más actual, vid. P. Courbe, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, París, 1981, pp. 19-37, donde se contiene una correcta síntesis de la doctrina en tomo a la inclusión de los conflictos de leyes intertemporales en el DIPr; asimismo, vid. nuestras consideraciones en "Sobre el contenido del Derecho internacional privado", *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 77-81.

² Desde perspectivas diversas cabe referirse a las siguientes aportaciones. En la doctrina alemana: W. Wengler, "The General Principles of Private International Law", *R. des C.*, t. 104 (1961-III), pp. 417-429. En la doctrina anglosajona: F.A. Mann, "The Time Element in the Conflict of Law", *BYBIL*, t. XXXI, 1954, pp. 217 ss; E. Spiro, "Incidence of Time in the Conflict of Laws", *ICLO*, t. 9, 1960, pp. 357-382; J. K. Grodecki, "Conflicts of Laws in Time", *BYBIL*, t. XXXV, 1960, pp. 58-82; W. W. Knittel, "The Temporal Dimension in the Conflict of Law Rules", *BYBIL*, t. XL, 1964, pp. 105-140; J. H. C. Morris, "Time Factor in the Conflict of Laws", *ICLO*, t. 15, 1966, pp. 422-435; R. Graveson, "The Problem of Choice of Time in Private International Law", *IDI, Annuaire*, vol. 58-1, 1979, pp. 1 ss. En la doctrina francesa: P. Roubier, "Les conflits de lois dans le temps en droit international privé", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1931, pp. 38-86; *id.*, *Le droit transitoire (Conflits de lois dans le temps)*, 2ª ed., París, 1960, esp. pp. 569-577; C. Gavalda, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, París, 1955; P. Level, *Essai de systématisation sur les conflits des lois dans le temps*, París, 1959; P. Graulich, voz "Conflits de lois dans le temps", en *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, I, París, 1968, pp. 504-516; B. Goldman, *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé*, IHEI, París, curso 1970-71 (policopiado). En la doctrina italiana: G. Diena, "De la rétroactivité des dispositions législatives en droit international privé", *Journ. dr. int.*, 1900, pp. 925 ss; D. Anzilotti, "La questione della retroattività delle norme di diritto internazionale privato", *Riv. dir. int.*, 1907, pp. 120-132; C. Baldoni, "La successione nel tempo delle norme di diritto internazionale privato", *Riv. dir. int.*, 1932, pp. 3-35; A. Giardina, *Successione di norme di conflitto*, Milán, 1970.

piedad intelectual (arts. 145 a 148); etc³. Este proceso que ha corrido paralelo a una política de incorporación masiva a tratados internacionales que alcanzará su máxima expresión el año 1987⁴; y, por si esto fuera poco, la reforma inexorable e imprescindible, dada la interacción de regímenes normativos en vigor, del Título Preliminar del Código civil, orientada sobre la base de nuevos postulados, aumentará en el futuro la inestabilidad a la hora de determinar la ley aplicable en el tiempo a una determinada situación del tráfico externo.

Mas no ha sido este particular sector el único afectado por el proceso de revisión normativo. Curiosamente, el sector tradicionalmente más estable de nuestro sistema de DIPr, el Derecho judicial internacional, se ha visto afectado sustancialmente por este proceso tanto por la importante incorporación de nuestro país al régimen convencional, a cuya cabeza debe situarse el Convenio de Bruselas de 1968, como por la reforma de la LOPJ de 1985⁵.

2. Estamos, qué duda cabe, en un período histórico en el que la aplicación en el tiempo de las normas de DIPr adquiere un especial relieve. Si las normas jurídicas, y en concreto las propias de nuestro ordenamiento, se dictan para regir una conducta futura proyectando el legislador unos determinados valores e intereses, dichas normas deben contar con un instrumento de carácter complementario que atienda a los hechos del pasado o a las situaciones de *facta pendencia*. El sistema español se caracteriza por la insuficiencia de dichos instrumentos (normas de Derecho transitorio) o por la proyección de los mismos de discutibles valores que muchas veces desvirtúan el propósito originario de la revisión legal que se ha operado. El primero de estos rasgos ha obligado a una actividad poco frecuente por parte de los órganos, encargados de la aplicación de las normas, encontrándonos con unos resultados ciertamente insatisfactorios en las situaciones de vacío legal propiciadas por un legislador poco previsor. El segundo ha traído como consecuencia un hecho preocupante: que la parte orgánica de las leyes ofrezca muchas veces un carácter residual y que su lectura se vea precedida por el examen de las disposiciones transitorias que tienen un carácter mucho más polémico. Los ejemplos de la Ley Orgánica del Poder Judicial o de la Ley de Reforma Universitaria son sintomáticos y, con independencia de que en nuestro Ordenamiento esta circunstancia no tenga una inci-

³ Vid. las sucesivas reformas parciales de nuestro sistema autónomo de DIPr en A. Borrás y otros, *Legislación básica de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Madrid, 1992, pp. 361 ss.

⁴ Vid. las consecuencias para el sistema español de DIPr de esta incorporación masiva a Convenios internacionales en J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1991, pp. 148 ss.

⁵ Este incremento normativo, junto con la abundante práctica jurisprudencial que ha generado desde el primer momento, se encuentra en J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho Internacional Privado español. Textos y materiales*, vol. I, *Derecho judicial internacional*, 2ª ed., Madrid, 1992.

dencia menor, sigue ejerciendo un importante peso. Que hoy se comience la lectura de las leyes por las disposiciones transitorias es un hecho que demuestra el gran número de valores que incorporan, perdiendo así las cuestiones de Derecho transitorio el carácter aparentemente neutro que tradicionalmente las había caracterizado.

Resulta un hecho singular que el proceso descrito no haya tenido la repercusión que merecía en el seno de la doctrina española, y el objetivo del presente trabajo es contribuir, siquiera mínimamente, a cubrir ese vacío o, al menos, aportar una serie de reflexiones que permitan contribuir al necesario debate dentro de la doctrina en un momento propicio, toda vez que la reforma del sistema está aún pendiente. Es más, si aceptamos el planteamiento manifestado por J.D. González Campos de que el fenómeno codificador es algo perteneciente al pasado, legislándose hoy a partir de otras premisas, en las que la tradicional estabilidad de las normas debe obedecer a las necesidades sociales del momento, los problemas del Derecho transitorio no tendrán un carácter más o menos coyuntural, sino que serán consustanciales en la aplicación diaria del sistema; algo a lo que las tradicionales normas transitorias, situadas confortablemente en los Códigos, no pueden dar una respuesta coherente. Si el citado autor se ha referido certeramente a la crisis del paradigma que había supuesto en su momento la norma de conflicto en el espacio, el examen de la práctica en un sistema determinado muestra, asimismo, una crisis de la norma de conflicto intertemporal. La verificación de la existencia de tal crisis y la aportación de algunas soluciones dentro del DIPr constituyen el objeto fundamental del presente estudio.

II. Conflicto de leyes en el espacio y conflicto de leyes en el tiempo

1. Elementos de una supuesta analogía en la doctrina clásica

A) El paralelismo entre el locus y el tempus

3. Una de las preocupaciones de la doctrina clásica del DIPr ha sido la eventual verificación de las analogías presentes entre Derecho transitorio y conflicto de leyes. Para ello el punto de partida obligado es la obra de F. K. von Savigny, donde se observa con nitidez la vinculación entre los “límites locales del imperio de las normas jurídicas” y los “límites temporales” de dicho imperio. Ambos aspectos, en opinión del maestro alemán, no eran otra cosa que la manifestación del problema general del “imperio de las reglas del Derecho sobre las relaciones jurídicas”, y ambos recibirán en su construcción un mismo trata-

miento metodológico centrado en estas últimas relaciones. La analogía de ambos problemas se afirmaba mediante la comparación entre la ley antigua (conflicto en el tiempo) y la ley extranjera (conflicto en el espacio) al responder a la pregunta de por qué no puede aplicarse una ley nueva a cualquier relación jurídica, llegándose a la solución negativa sobre la base de una fundamentación idéntica a la que llevaba a negar la aplicación exclusiva de la *lex fori*⁶.

Este planteamiento analógico será desarrollado posteriormente por autores como Affolter⁷ y Vareilles-Sommières. El autor francés insistirá en que Derecho transitorio y conflicto de leyes tenían una función de “localización”, tanto en el tiempo, como en el espacio, de la relación jurídica. La novedad de este autor estriba en el empleo de la analogía entre la regla *locus regit actum* y la regla *tempus regit actum*, insistiendo en la especial importancia que tanto en los conflictos de leyes en el tiempo como el conflicto de leyes en el espacio ofrecen algunos principios orientadores, como es el caso del respeto a los derechos adquiridos⁸. Asimismo, destaca su defensa de la territorialidad de la ley en el plano de los conflictos de leyes en el espacio (efectuada en pleno período de expansión de la ley nacional) puesta en relación con el empleo de la regla de irretroactividad de las leyes en el tiempo.

B) Hacia la autonomía del Derecho intertemporal

4. La posición identificadora pronto contó con un importante movimiento impugnador. Dicho movimiento encontrará sus máximos exponentes en P. Roubier, A. Cavaglieri y G. Pace, dentro de una larga lista de autores. Se toma como punto de partida la inspiración común de ambos problemas en una misma idea de armonía legislativa y, a partir de aquí, se postula un cierto parentesco, aunque lejano. En efecto, los conflictos de leyes en el tiempo no nacen de la coexistencia de leyes, sino de su sucesión; son producto de una movilidad legislativa, frente a los conflictos de leyes en el espacio que son producto de la movilidad del hombre⁹. En pleno período de crisis de la noción “conflicto de leyes”, se considerará más exacta la expresión “Derecho transitorio”, toda vez que en este ámbito concreto el conflicto afecta claramente a dos leyes en presencia y no a dos sistemas jurídicos de origen diverso. De esta suerte, se utiliza la noción, frente a las expresiones tradicionales “teoría de los derechos adquiri-

⁶ F. K. Von Savigny, *Sistema de Derecho romano actual*, t. VI, Madrid, 1987, pp. 123 ss y 342 ss.

⁷ Un resumen de la posición de este autor, confrontándola con la de Von Savigny, fue realizado por G. Pacchioni, *Diritto civile italiano*, Parte prima, vol. I, Pádua, 1937, pp. 217 ss.

⁸ Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*, vol. I (reimpresión, París, 1972), pp. 30 ss; *id.*, “Une théorie nouvelle sur la retroactivité des lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1893, pp. 444–486 y 492–519.

⁹ Cf. P. Roubier, *Le droit transitoire...*, *op. cit.*, pp. 569 ss.

dos” o “teoría de la irretroactividad de las leyes”.

El interrogante principal se centraba en la eventual existencia de una analogía entre el DIPr *stricto sensu* y el Derecho transitorio; y la respuesta de autores como A. Cavaglieri no puede prescindir del punto de partida tradicional: la ecuación *locus / tempus*. Pero en vez de resaltar sus analogías se pondrán de relieve sus diferencias, siendo acaso la más importante el hecho de que la regla *tempus* comporta un grado de necesidad, que no existe en la regla *locus*. De esta suerte, si el DIPr tiene como función la determinación y la coordinación de la eficacia territorial de varias legislaciones y cuenta con normas seguras, estables y armonizadoras entre los distintos sistemas, en el Derecho transitorio “*da singóle sovranità sonó affatto auónome*”; por consiguiente, ambos problemas requieren distintas pautas de solución¹⁰. La impronta de A. Cavaglieri encontró un evidente reflejo en su país agrupando a un gran número de autores¹¹, entre los que destaca G. Pace¹². La obra de este último se caracteriza por una reacción frontal ante la aplicación al Derecho transitorio de la noción de “situación jurídica”. Lo esencial para él era definir la eficacia temporal de la norma, expresada en un momento determinado por la interdependencia entre una situación jurídica concreta y la disposición general correspondiente. El Derecho transitorio se configurará así como uno de los tres aspectos posibles del análisis jurídico (material, espacial y temporal) y, en consecuencia, no constituye más que una rama autónoma de las disciplinas jurídicas: es, en suma, el análisis ideal de uno de los aspectos de las normas jurídicas, análisis que debe contribuir a aislar los aspectos temporal o espacial de la norma jurídica.

2. Elementos de una supuesta analogía desde la dimensión técnico-jurídica

A) Construcción a partir de las normas

5. Admitiendo como regla general una posición negativa, no pueden desconocerse las evidentes analogías que existen en ambos sectores del Ordenamiento desde el punto de vista de la técnica de análisis “conflictualista”. Es indudable la naturaleza “atributiva” de las normas de colisión y de las normas de Derecho transitorio¹³, que tiene traducción a través de una interpretación normo-

¹⁰ Cf. A. Cavaglieri, *Diritto internazionale privato et diritto transitorio*, Pádua, 1904, pp. 32 ss, esp. 89–90.

¹¹ P. Fiore, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, trad. esp. de E. Aguilera de Paz, 3ª ed., Madrid, 1927, pp. 26–96; G. Siena, “De la rétroactivité des dispositions législatives”, *loc. cit.*, pp. 925 ss; P. Fedozzi, *Trattato di diritto internazionale*, 2ª ed., Pádua, 1939, pp. 313 ss.

¹² G. Pace, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, Milán, 1944, pp. 120 ss.

¹³ M. Popovilev, “Le droit civil transitoire ou intertemporale”, *Riv. dir. civ.*, 1908, pp. 465–

lógica del problema. Concretamente, W. Goldschmidt ha ofrecido como ejemplo la Disposición transitoria segunda del Código civil, según la cual “Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán sus efectos según la misma [...]”, precepto que, en su opinión, puede descomponerse en un supuesto de hecho (“a los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y válidos con arreglo a ella”) y en una consecuencia jurídica (“se aplica la legislación anterior”). Estamos en presencia, pues, de una norma de carácter indirecto que se limita a remitirse a una determinada legislación.

*À défaut de lois nationales, mais les tempéraments nécessaires permettent de retrouver une position commune*¹⁵.

El espacio es mucho más compleja por el hecho de que en ocasiones se pueden dar una pluralidad de supuestos, como es el caso de la cuestión preliminar¹⁷.

6. Puede afirmarse, a modo de síntesis, que desde una perspectiva conflictualista no puede mantenerse una posición identificadora como la sostenida en su día por los autores clásicos o analógica, que se recoge con nitidez en la obra de I. Szaszy¹⁸, pero tampoco puede desconocerse que desde la dimensión técnico-jurídica existen ciertos puntos en común que permiten la aplicación de una metodología idéntica para el tratamiento de ambas cuestiones; metodología que en ningún caso justifica la inclusión de los denominados conflictos de leyes en el tiempo dentro de la disciplina del DIPr¹⁹, pero que permite a los juristas dedicados a su construcción científica extender su experiencia a su conocimiento. La obsesión por encontrar nexos de unión o de separación resulta en la actualidad estéril, sobre todo cuando las construcciones basadas en la “norma de conflicto” tradicional se han ido abandonando progresivamente. Ahora bien, los resultados de una elaboración teórica más que secular no deben rechazarse

467.

¹⁴ W. Goldschmidt, “Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo”, *loc. cit.*, pp. 283 ss.

¹⁵ Cf. H. Batiffol, “Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps”, *loc. cit.*, pp. 292 ss.

¹⁶ La construcción de H. Batiffol arranca de un curso de doctorado, no publicado, impartido en 1956, y con posterioridad sería matizada por P. Lagarde desde el ángulo de los problemas de aplicación; en concreto, desde la dimensión del orden público (*vid. Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, París, 1959, pp. 32–38). En su opinión, en los conflictos en el tiempo el orden público tiene como misión principal garantizar una “unidad legislativa”, mientras que en los conflictos en el espacio es un reflejo de una necesidad de “defensa del sistema”.

¹⁷ P. Louis-Lucas, “Traits distinctifs...”, *loc. cit.*, pp. 323 ss.

¹⁸ I. Szaszy, “Les conflits de lois dans le temps”, *R. des C.*, t. 47, 1934, p. 169.

¹⁹ J.C. Fernandez Rozas, “Sobre el contenido del Derecho Internacional Privado (I)”, *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 79–81.

apriorísticamente en un afán de profundizar en los complejos problemas del Derecho transitorio. El hecho de que a los cultivadores del DIPr les corresponda gran parte del desarrollo de la teoría general del Derecho transitorio parece justificar bien a las claras la afirmación anterior. Se trata de una clara proyección de métodos propios del DIPr a una realidad jurídica muy distinta, que ha ofrecido excelentes resultados desde el plano científico.

B) *Construcción a partir de los valores*

7. Los valores que están presentes en una norma de Derecho transitorio difieren sensiblemente de los contenidos en una norma de conflicto de leyes, mas reducir los valores de la primera a una simple tensión entre una seguridad jurídica vista desde la perspectiva del particular y el progreso social que encarna una modificación del Derecho²⁰ parece excesivo. Sin volver a una posición identificadora, cuyo estéril resultado ya se ha señalado, desde una nueva perspectiva de análisis, no cabe duda de que aquí también se aprecian rasgos en común. Por ello cabe insistir en la bondad de la metodología del DIPr para observar aspectos que acaso no se manifiestan a partir de otras ramas del saber, sin que ello pretenda tener un carácter excluyente.

El punto de partida de los elementos que considero deben utilizarse no es original. Parte de la construcción realizada por J.D. González Campos en torno a la crisis que ha experimentado el paradigma de la norma de conflicto²¹. Con el riesgo inherente a toda simplificación, puede afirmarse que para la teoría clásica las soluciones unitarias tanto en el espacio (norma de conflicto de leyes) como en el tiempo (norma transitoria) ofrecían unos resultados satisfactorios; de esta suerte, sólo existía “un” problema interespacial y “un” problema intertemporal al cual debía otorgársele una solución global dentro de un determinado “sistema”. Es un planteamiento íntimamente ligado al fenómeno codificador y responde a sus objetivos de base: estabilidad y seguridad jurídica. Fórmulas rígidas, pero confortables, que son exponentes de una época donde el acento se colocaba en la seguridad jurídica. Como pusiera de relieve P. Level, refiriéndose a la regla de la irretroactividad de las leyes civiles, ésta representa un factor de orden y de seguridad cuya existencia misma es una garantía del orden social²². La idea motriz en este período gravita en torno a que en una sociedad bien organizada toda persona debe realizar su actividad jurídica con plena conciencia de sus consecuencias. De ahí que la ley no deba tener efectos retroactivos, pues tal situación puede generar una incertidumbre ajena a la realidad de

²⁰ M. Aguilar Navarro, *Derecho Internacional Privado*, I, II, 1ª parte, Madrid, 1974, p. 26.

²¹ J.D. González Campos, “Cours general de droit international privé”, *R. des C.*, 1987 (en prensa).

²² Cf. P. Level, *Essai...*, *op. cit.*, p. 290.

las cosas.

No puede extrañar, en la dimensión que nos ocupa, que todas las construcciones en torno al Derecho transitorio se vinculen al estudio de los Títulos Preliminares y de las Disposiciones transitorias de los Códigos civiles, al igual que las relativas al DIPr se centraron en las normas de conflicto en el espacio²³. Se trataba de buscar situaciones asépticas al margen de los posibles cambios del sistema que resultasen inmunes a los valores que el legislador incorporaba paulatinamente y, por tanto, ignorantes de la solución concreta a que su aplicación podría dar lugar. De este modo se fueron construyendo principios tales como el de la irretroactividad de la ley o el del efecto inmediato de la nueva ley. Existía, en efecto, un rechazo frontal a un principio que hoy es consustancial del Derecho moderno: el principio de especialización²⁴.

8. En la hora actual se ha demostrado con claridad que no pueden dictarse normas de carácter unitario para la solución de los eventuales problemas de aplicación temporal o espacial del Ordenamiento jurídico, porque dentro de cada “sistema” jurídico existen diversos “subsistemas” que requieren soluciones específicas. Con un carácter general no puede desconocerse que determinados intereses sociales o razones de interés público pueden justificar en ciertos supuestos la retroactividad de la ley nueva en el ámbito del Derecho privado²⁵, y, aunque los Códigos civiles que, como el español, siguen el modelo francés ofrezcan un criterio interpretativo contrario a la retroactividad, dicho criterio no posee un carácter absoluto²⁶.

²³ La doctrina española ha otorgado un abundante tratamiento a esta cuestión desde el discurso de V. Romero Girón, “De la irretroactividad de las leyes con relación al Código civil”, *RGLJ*, t. 77, 1890, pp. 425–446. Para un panorama de la doctrina española, *vid.* C. Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil español*, t. I, 4ª ed., Valladolid, 1935, pp. 133–142; F. Sánchez ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. II, 2.ª ed., Madrid, 1911, pp. 9–62; J. M. Manresa Navarro, *Comentarios al Código civil español*, t. I, Madrid, 1956, pp. 159–169; F. Bonet Ramón, *Compendio de Derecho Civil*, t. I, Madrid, 1959, pp. 191–211; J. Castán Tobeñas, *Derecho Civil español, común y foral*, t. I, vol. I, 12.ª ed. (por J. L. de los Mozos), Madrid, 1982, pp. 610–631; G. García-Valdecasas, “Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes”, *ADC*, t. XIX, 1966, pp. 45–53; *id.*, *Parte general del Derecho Civil español*, Madrid, 1983, pp. 121–129; J. Santos Briz, *Derecho Civil. Teoría y práctica*, Jaén, 1978, pp. 227–237; R. Gaya Sicilia, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987, pp. 23–51.

²⁴ *Vid.*, por todos, B. Audit, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la ‘crise’ des conflits de lois)”, *R. des C.*, t. 186 (1984–III), pp. 353 ss. De acuerdo con este autor, los sistemas clásicos reducían el “ámbito de la ley aplicable” a una categoría general, evitando “une atomisation des questions, en respectant autant que faire se peut les ‘ensembles législatifs’”. En consecuencia, la solución de un determinado conflicto, en el sistema tradicional, expresaba la búsqueda “d’un équilibre entre l’analyse et la synthèse des catégories juridiques”.

²⁵ Así se expresaba P. Fiore, “De la irretroactividad de las leyes”, *RGLJ*, t. 69, 1886, p. 19.

²⁶ *Vid.* la severa crítica realizada por F. de Castro y Bravo a las tesis de P. Roubier en su nota

Como consecuencia del movimiento codificador, los Códigos civiles han sido los cauces legales que incorporaron el principio de la irretroactividad de la ley al Derecho positivo. Es bien sabido que la regla tradicional encuentra cabida en el art. 2.3° C.c. (“Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”) y que su formulación, dirigida exclusivamente al intérprete de la ley²⁷, procede de textos declarativos de derechos de la persona. Indudablemente, dicha regla se formuló como una reacción frente a las injusticias cometidas por leyes y por decisiones judiciales con efectos retroactivos, como un corolario del principio de legalidad y en favor del derecho del ciudadano a la seguridad jurídica²⁸. Es más, la regla pretende ser un sustento a la libertad civil y constituye un postulado de seguridad jurídica consustancial para el ejercicio del comercio. No obstante, a lo largo del siglo XIX y a principios del siglo XX la doctrina ha puesto de relieve las situaciones injustas a que la regla en su estado puro podría dar lugar²⁹, así como el fracaso de un criterio apriorístico y general con vocación de resolver todos los supuestos de conflicto intertemporal que pudieran presentarse. Reconocer la aplicación inmediata de la nueva ley planteará siempre el problema de armonizar dicha aplicación a relaciones subsistentes al amparo de la ley anterior³⁰. Resulta, pues, imposible resolver la cuestión

bibliográfica, “Derecho transitorio: el sistema del efecto inmediato de la ley”, *ADC*, 1961, pp. 731–734.

²⁷ Cf. F. López Menudo, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982, pp. 36 ss.

²⁸ Vid. F. de Castro y Bravo, *Derecho Civil de España*, reimp., Madrid, 1984, pp. 635–636. Un estudio de la evolución histórica de la regla con anterioridad al Código civil se encuentra en los trabajos de A. Marín Monroy, “La irretroactividad de la ley en los Fueros”, *RCDI*, n° 183, 1943, pp. 521–525; “La irretroactividad de la ley en las Partidas”, *RCDI*, n° 184, 1943, pp. 569–578; “La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo”, *RCDI*, n° 186, 1943, pp. 751–757, y n° 189, 1944, pp. 94–161; “La irretroactividad de la ley. Derecho romano transitorio”, *RCDI*, n° 201, 1945, pp. 99–105.

²⁹ Un estudio verdaderamente exhaustivo sobre esta cuestión fue hecho por D. Donati, “Il contenuto del principio della irretroattività della legge”, *Riv. italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. LV1915, pp. 235–257 y 117–193.

³⁰ Muchos ejemplos podrían aportarse. Uno de ellos a propósito de la reforma del Código civil operada por la Ley de 24 de abril de 1958, que modificó el art. 1.413 exigiendo el consentimiento uxorio para actos de disposición realizados por el marido sobre bienes inmuebles gananciales: ¿debía extenderse el precepto a los matrimonios celebrados con anterioridad únicamente en cuanto a los posteriores actos de disposición o también a los actos de disposición iniciados con anterioridad pero aún no consumados? Otro ejemplo vendría dado por la Ley 7/1970, de 4 de julio, de reforma del Código civil en materia de adopción. Si partimos de su eficacia inmediata, los derechos legitimarios concebidos al hijo adoptivo por el art. 176 C.c. reformado a la sazón, ¿debían aplicarse a todos los adoptados con anterioridad, al menos con forma plena, o sólo a los adoptados a partir de la vigencia de la Ley? Y ello por no insistir (ante la polémica ubicación de los preceptos sobre nacionalidad en el Código civil) en la inadecuada solución otorgada por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1983, que se negó a aplicar con carácter retroactivo el art. 17 Cc reformado por la Ley 51/1982, de 13 de julio, a los hijos de madre española nacidos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha dispo-

de la retroactividad o irretroactividad de la ley a partir de criterios axiomáticos y, en cualquier caso, la aplicación analógica de las disposiciones transitorias de los Códigos civiles a soluciones concretas no parece que sea la solución adecuada³¹. Sobre todo en una época de profundos cambios legislativos en los que el Código ha perdido el carácter de sacralidad que poseyó en sus orígenes. La regla general del art. 2.3º Cc posee, por tanto, un carácter subsidiario que sólo podrá utilizarse cuando la nueva ley nada haya establecido en torno a su carácter retroactivo.

Las recientes modificaciones del Código civil español muestran cómo los valores introducidos por la nueva Ley se proyectan a situaciones anteriores. En concreto, el principio constitucional de igualdad de los hijos ante la ley que inspiró la Ley 11/1981, de 13 de mayo, posee una retroactividad plena en las Disposiciones transitorias 1.ª, 5.ª y 6.ª³², en tanto que incluye una retroactividad relativa, en orden a la aplicación de la disposición más beneficiosa, en las Disposiciones transitorias 2.ª, 3.ª y 4.ª. De todas estas normas, la disposición transitoria 1.ª posee un carácter general que, desdichadamente, ha encontrado muchas dificultades para aplicarse en toda su extensión por la jurisprudencia³³. También resulta paradigmática de la proyección de los nuevos valores con carácter retroactivo la solución ofrecida por las disposiciones transitorias de la Ley 2/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción³⁴.

sición (*vid.* nuestras críticas al respecto en “Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983, de la DGRN, sobre nacionalidad española”, *ADC*, t. XXXVI, 1983, pp. 1299–1319).

³¹ *Vid.*, por todos, F. de Castro y Bravo, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, pp. 653–673.

³² “Primera.— La filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada. [...] Quinta.— El reconocimiento de un hijo que, según la legislación anterior, tuviere la condición de ilegítimo no natural, determinará su filiación con los efectos que le atribuye la presente Ley, siempre que resulten ya cumplidos los requisitos que ésta exige. [...] Sexta.— Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva”.

³³ Una relación valorativa de la misma se encuentra en el estudio de J.A. Serrano García, “El Derecho transitorio de la filiación en la jurisprudencia”, *ADC*, t. XXXIX, 1986, esp. pp. 1281 ss, donde también se detallan las distintas posiciones doctrinales al respecto. Fuera de este contexto, aunque centrado en la misma Ley, *vid.* A. Gullón Ballesteros, “Sobre la disposición transitoria 1ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil”, *La Ley*, nº 1.936, 1988, pp. 1–2.

³⁴ “Primera.— En los expedientes de adopción plena pendientes ante los Tribunales a la entrada en vigor de esta Ley regirá, en todo, la legislación anterior, a menos que los solicitantes interesen la aplicación de la nueva Ley. Quedarán sobreseídos los expedientes de adopción simple en los que no haya recaído resolución judicial. Segunda.— Las adopciones simples o menos plenas subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma”. *Vid.* P. Rodríguez Mateos, “La nueva orientación de la adopción interna-

9. Hasta ahora se ha señalado un paralelismo entre los conflictos en el espacio y en el tiempo, mas éste desaparece si acudimos al examen de los valores contenidos en las normas espaciales y temporales. El ejemplo típico sería el del Derecho de las obligaciones. Mientras que en el plano del conflicto de leyes el principio de especialización cada vez adquiere un mayor desarrollo, no ocurre así en el plano transitorio, que requiere situaciones estables tendentes a la protección de terceros. En este supuesto concreto, pues, mientras que la norma transitoria puede tener un carácter general, los valores presentes en la interespecial aconsejan estar al principio de especialización. Ello demuestra que cada subsistema requiere soluciones propias y que, en el caso que nos ocupa, la norma transitoria genérica sería tan dura como la norma de conflicto formulada por F. K. von Savigny.

En definitiva, la ecuación Código civil / norma de conflicto / disposición transitoria es algo histórico que se justificaba en una época de auténtica obsesión por la seguridad jurídica. Bajo una aparente capa formal, la norma de conflicto y la norma de Derecho transitorio no eran neutras, sino que proyectaban auténticos intereses. Hoy no caben formulaciones abstractas, por lo que deben rechazarse las categorías apriorísticas y dogmáticas del pasado. Si el segundo *Restatement* muestra hasta qué punto es posible partir de la noción de subsistema, dotando a cada subsistema de una norma abierta, lo propio ha de hacerse con el Derecho transitorio, que debe atender a las especiales características de la relación jurídica afectada por una sucesión de normas.

10. Si desde la propia dimensión del DIPr se ha estimado que las normas de conflicto poseían un sistema de Derecho transitorio *ad hoc*, distinto del de las normas materiales, siendo esta tesis defendida con vigor desde distintas posiciones³⁵, hoy tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada se inclinan, al menos como regla de base, por la asimilación³⁶. Con independencia de que este

cional en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre”, *La Ley*, nº 2.070, 1988, pp. 1–4, esp. p. 4, n. 21.

³⁵ Dentro de las diversas síntesis sobre las doctrinas en presencia, destaca la realizada por A. Giardina, *op. cit.*, pp. 65–97. Entre las posiciones que más vigorosamente han defendido la especialidad de las normas de conflicto en la materia, cabe retener la de Niedner, según la cual, debido al carácter de Derecho público de dichas normas, tienen efecto retroactivo; en la misma dirección, pero más moderadamente, se pronunciaron F. Kahn e I. Szaszy, “Les conflits de lois dans le temps (Théorie des droits privés)”, *R. des C.*, t. 47 (1934–1), pp. 169–170. Desde una perspectiva más general, cabe referirse al profundo análisis del problema de la aplicación de las leyes en el tiempo, que incluye las soluciones a las distintas hipótesis, realizado por E.L. Bach, “Contribution à l’étude du problème de l’application des lois dans le temps”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1969 pp. 405–468.

³⁶ Ello no implica, sin embargo, que “*l’on doive suivre dans tous les cas les règles de droit transitoire de la moliere de droit interne que ces nouvelles règles de conflit ont pour object. On ne peut exclitre en effet que certaines règles transitoires spéciales du droit interne s’écarter,*

planeamiento no pueda ser aceptado, en función de la acción del principio de especialización al que hemos aludido, no cabe duda alguna de que en el resto de los sectores del DIPr existen problemas intertemporales que con frecuencia poseen una mayor entidad, aunque sólo sea desde una observación global de la práctica de los tribunales.

III. Situaciones transitorias generadas por la sucesión de normas de DIPr y principio de especialización

1. Acción del factor tiempo en el Derecho judicial internacional

A) El factor tiempo en la determinación de la competencia judicial internacional: la *perpetuatio iurisdictionis*

11. La competencia judicial internacional es acaso el sector del DIPr más proclive a la existencia de una solución unitaria, pudiéndose utilizar con carácter general las soluciones globales del Derecho procesal civil del foro. La cuestión intertemporal se plantea en los siguientes términos: cuando existe un proceso iniciado, sobre la base de unos determinados foros de competencia, se produce un cambio normativo que afecta a dichos foros quitándole la competencia al tribunal que comenzó a entender del asunto. Para su resolución la doctrina ha utilizado diversos cauces. De un lado, se ha operado a través de una transposición pura y simple de las soluciones propias de la sucesión de normas de conflicto, partiendo de una similitud entre los puntos de conexión y los foros de competencia. De otro, fijando un momento decisivo (una fecha crítica) a partir del cual se entiende que, si existía competencia por parte de los tribunales, dicha competencia debe extenderse en el tiempo hasta que finalice el procedimiento, con independencia de la modificación normativa.

pour des raisons propres au droit interne qui ne valent pas pour les règles de conflit, des principes généraux du droit transitoire, lesquels, de leur cote, peuvent n'être pas adaptés à la succession dans le temps de deux règles de conflit" (cf. H. Batiffol y P. Lagarde, Droit international privé, t. I, 7ª ed., París, 1981, pp. 369–370). En nuestro país, J. de Yanguas Messia ha rechazado vigorosamente las doctrinas partidarias del principio de retroactividad de las normas de DIPr —recuérdese que este autor defiende la concepción estricta—; no obstante, en su opinión, debe prevalecer el respecto a los derechos adquiridos al amparo del sistema legislativo del juez [cf. Derecho Internacional Privado (Parte general), 3ª ed., Madrid, 1971, pp. 303–304].

Razones de economía procesal, junto a la apreciación de la distinta naturaleza de las normas de competencia judicial y competencia legislativa, aconsejan mantener esta segunda posición a través del principio denominado de la *perpetuatio iurisdictionis*³⁷. En el DIPr, en ausencia de texto legal, se ha admitido con carácter general que la cuestión debía resolverse con arreglo al criterio expresado, a través de una aplicación extensiva de las soluciones imperantes en el plano de la competencia interna, justificándose tal resultado en el carácter indeclinable de la jurisdicción nacional³⁸. Debe reconocerse que esta cuestión ha tenido en nuestro país una importancia residual sobre la base de dos factores. En primer lugar, por la estabilidad del sistema, que no ha sufrido variación normativa en un período de más de un siglo, salvo la incidencia de unos pocos Convenios multilaterales sobre materias muy concretas³⁹. En segundo término, por el carácter exorbitante de la jurisdicción española en virtud del juego de los artículos 51 y 70 LEC. La situación ha variado, sin embargo, tras la modificación del Código civil de 1981 relativa al divorcio y, posteriormente, con la entrada en vigor del art. 22 LOPJ, que no sólo ha modificado las reglas de base del sistema, sino que ha derogado los criterios de la referida Ley de 1981 generando una situación transitoria de carácter intermedio.

A partir de estos nuevos parámetros, la respuesta global apuntada puede ser sometida a revisión, toda vez que la nueva configuración del sistema no se basa en el carácter exorbitante de la normativa española tradicional. La cuestión debe ser objeto de un estudio en profundidad que excede de nuestras pretensiones, sobre todo en función de la reciente participación de España en el Convenio de Bruselas de 1968. Lamentablemente, la jurisprudencia de estos últimos años, que eran los decisivos para un pronunciamiento de este tipo, no nos ha aportado demasiada luz; así, la Sentencia del Juzgado número 5 de Gijón de 15 de abril de 1986, que declaró su incompetencia de oficio, no tuvo en cuenta que el procedimiento se había realizado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no siguiendo, por tanto, la regla de base expuesta, con independencia de la justicia del resultado⁴⁰. Se trata, sin embargo, de un tema abierto sobre el que será preciso volver aplicando una metodología eminentemente procesalista; por ello, la regla unitaria expuesta en un principio

³⁷ Dicho principio se recoge con claridad en la Disposición transitoria 1ª de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal: “Los procesos civiles iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, continuarán tramitándose ante el órgano jurisdiccional competente conforme a las normas vigentes en el momento de su iniciación”.

³⁸ Cf. J.D. González Campos y R. Recondo Porrúa, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Bilbao, 1981, pp. 86–90.

³⁹ Vid. la relación de estos Convenios en J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho judicial internacional*, op. cit., pp. 180–191.

⁴⁰ La Ley, nº 1.696 y nota de L. Bardají Gómez; *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 159–162 y nota de S. Álvarez González. Vid. en el mismo sentido la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Avilés de 12 de marzo de 1987, *RCEA*, vol. IV, 1987, pp. 193–195.

debe ser mantenida con todas las reservas posibles, aunque, como se ha indicado, su justificación reside en el valor que incorpora: la economía procesal evitando los gastos que se producirían del hecho de que en un proceso pendiente cese la competencia de la instancia que conoce del asunto.

12. La entrada en vigor del Convenio de Bruselas 1968 fue el momento oportuno para realizar un estudio en profundidad de la materia. Baste, por ahora, insistir en que las cuestiones de Derecho intertemporal poseen aquí una especial virtualidad en relación con la validez del acuerdo de prorrogación de fuero. Con carácter general, a partir de su entrada en vigor el Convenio se aplica a las acciones judiciales entabladas con posterioridad a la misma⁴¹, aunque en sus arts. 54 y 54 bis (fruto de las modificaciones realizadas en San Sebastián) se establezca una cierta variedad de reglas especiales⁴². La relación entre ambas cuestiones fue puesta de manifiesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 1979: Asunto 25/79: *Société Sanicentral / Collin*⁴³, en la que se trató de una controversia de carácter laboral entre un trabajador francés y una empresa alemana que puso de relieve la eventual validez de una cláusula de elección de foro estipulada con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio e inválida a la luz del Derecho francés. Los tribunales franceses consideraron inaplicable el Convenio sobre la base de que, aun cuando el procedimiento se había iniciado con posterioridad a su entrada en vigor, el contrato de trabajo se había celebrado con anterioridad. Planteadas la correspondiente cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia se inclinó en favor de la primacía del Convenio de Bruselas sobre los Ordenamientos nacionales, considerando que los artículos 17 y 54 del Convenio (vigentes a la sazón) otorgaban validez a las cláusulas atributivas de competencia estipuladas con anterioridad a su entrada en vigor, incluso aunque fuesen consideradas nulas por la jurisdicción nacional. Sirva, pues, este ejemplo para llamar la atención acerca de una eventual quiebra futura de la regla general.

⁴¹ De acuerdo con el art. 54.1º del Convenio, sus disposiciones “solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados con posterioridad a la entrada en vigor del presente Convenio en el Estado de origen y a las solicitudes de reconocimiento o ejecución de una resolución o de documento público con fuerza ejecutiva en el Estado requerido”.

⁴² Vid. “Informe de los Sres. Almeida Cruz, Desantes Real y Jenard relativo al Convenio de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 1968”, *DOCE*, nº C 189, de 28 de julio de 1990, p. 49. Vid., asimismo, M. Desantes Real, “Entrada en vigor del Convenio de San Sebastián de 26 de mayo de 1989, relativo a la adhesión de España y Portugal al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *REDI*, vol. XLIII, 1991, pp. 278–282.

⁴³ *Rec.* 1979, pp. 3.423 ss. Vid. M. Desantes Real, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986, pp. 226 ss.

B) El factor tiempo en el plano del exequátur de sentencias extranjeras

13. Frente al supuesto anterior, en este sector nos encontramos con dos datos relevantes: la presencia de una abundante práctica y la ruptura con las soluciones unitarias. La progresiva participación de nuestro país en el régimen convencional bilateral ha aumentado los problemas intertemporales hasta el punto de que se ha llegado a estimar que el impacto del factor tiempo es especialmente intenso en materia de exequátur⁴⁴. Esto se debe a la solución de continuidad que puede existir entre el momento en que se produce la decisión extranjera y aquel en que se presenta la solicitud para su cumplimiento, mediando entre ambos la entrada en vigor de un nuevo convenio. Esta cuestión suele estar resuelta en los propios convenios, que fijan con precisión su ámbito de aplicación temporal extendiéndose a situaciones generadas con anterioridad a su entrada en vigor y, por tanto, incorporando un valor claro cual es la ampliación en el tiempo del alcance de la cooperación judicial internacional.

La jurisprudencia española imbuida por el criterio unitario se ha caracterizado, curiosamente, por ignorar este valor a propósito de la aplicación del Convenio hispano-francés de 1969. Como es bien sabido, su art. 17 establece que sus disposiciones no serán aplicables “a las decisiones judiciales que hubieren sido dictadas en rebeldía con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor”. Su deficiente redacción es indudable pues, a su tenor, sólo las decisiones en rebeldía anteriores al acuerdo quedaban excluidas. Esta imprecisión dio origen a un gran número de problemas, como el suscitado en el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 29 de mayo de 1972 que entendió del exequátur de una sentencia francesa que databa de 1961 solicitándose éste al amparo del Convenio. Ante esta situación el Tribunal Supremo denegó la pretensión incurriendo en un gravísimo error, toda vez que, no constando la rebeldía, afirmó que “[...] según el art. 3.º de nuestro Código civil ‘las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario’ y al no disponerse en el texto del Convenio cuya aplicación se invoca [...] la retroactividad, habrá que llegar a la conclusión de que la exigibilidad de una sentencia [...] que ganó firmeza con anterioridad a su entrada en vigor deberá regirse por las normas imperantes en la fecha en que se dictó”. Por fortuna, el Canje de Notas hispano-francés de 1 de abril de 1974 precisó el sentido del referido art. 17 afirmando que el Convenio es aplicable “a todas las decisiones judiciales dictadas con anterioridad a la entrada en vigor [...] a excepción de las que hubieran sido dictadas en rebeldía también con anterioridad a la fecha [...]”. Como puede observarse, nos encontramos con una disposición transitoria expresa que, junto al valor antes señalado, incorpora otro,

⁴⁴ Cf. A. Remiro Brotons, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, 1974, pp. 65 ss. *Vid.*, asimismo, E. Pecourt García, *ADI*, vol. I, 1974, pp. 515-516.

precisamente en su excepción: la garantía de los derechos de las partes. Esto es, una vocación a la especialización de las soluciones que está ausente, desdichadamente, en otros sectores del tráfico externo.

14. Ni que decir tiene que el tema no se agota aquí pues la intervención del factor tiempo en este especial sector suscita otras importantes cuestiones, algunas de ellas abordadas con evidente acierto por la doctrina española. Tal es el caso de la repercusión del elemento temporal en el ámbito del control de la competencia del juez de origen en los sistemas de carácter bilateralista. En concreto, cuando en el transcurso del tiempo se produce una alteración de las normas de competencia judicial internacional en el Estado del reconocimiento. En tal supuesto, como ha señalado A.L. Calvo Caravaca, a partir de un examen de la práctica y de la doctrina, “parece aconsejable tomar como criterio de referencia el momento del reconocimiento, especialmente si la decisión extranjera lesiona una competencia exclusiva del foro creada por dichas reglas, supuesto en el que es poco probable que el juez del *exequátur* concediese el reconocimiento”⁴⁵. Se trata, en todo caso, de un tema abierto que dejamos aquí simplemente apuntado.

C) El factor tiempo en el plano del *exequátur* de laudos arbitrales

15. Como es bien sabido, el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, posee para nuestro país un carácter universal en el sentido de que se aplica a las sentencias arbitrales procedentes de “todos” los países con independencia de que éstos sean o no, a su vez, partes del Convenio. Ciertamente, y con objeto de asegurar el mayor número de Estados Partes, el art. I.3º establece que “todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente”; no obstante, los cauces previstos para tal declaración eran el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión del Convenio (art. X.1º) y al no haberla realizado nuestro país, aceptó la aplicación con carácter *erga omnes* del Convenio. Este extremo, por lo demás, ha sido expresamente confirmado por la jurisprudencia española⁴⁶. En definitiva, resulta irrelevante, a los efectos de la aplicación del

⁴⁵ Cf. A. L. Calvo Caravaca, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, 1986, p. 82.

⁴⁶ De acuerdo con el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 6 octubre 1983: “El art. 1.1º de la repetida Convención [...] dispone que la misma ‘se aplicará al reconocimiento y ejecución [...] entre personas físicas y jurídicas’, lo que equivale a decir que tal Convención debe ser aplicada en España para el reconocimiento y ejecución de todas las sentencias dictadas en el extranjero,

Convenio, que el país del demandante o el país donde se haya pronunciado el laudo no sean partes del mismo.

Sentado esto, que convierte en letra muerta el texto del art. 59 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, un capítulo que ha tenido una especial importancia para el sistema español en los últimos tiempos, aunque ésta tiende a remitir por razones obvias, es el relativo al ámbito de aplicación en el tiempo del referido texto internacional; en concreto, respecto a su eventual aplicación retroactiva. Y ello, además, porque las situaciones de *facía pendentia* anteriores a su entrada en vigor pueden ser muy variadas: aplicación a cláusulas compromisorias o compromisos arbitrales ya iniciados, y aplicación a laudos arbitrales pronunciados con anterioridad. La cuestión fue polémica a lo largo de las negociaciones⁴⁷, y se centró preferentemente sobre el último de estos aspectos, toda vez que se contaba con el precedente negativo del art. 6 del Convenio de Ginebra de 1927, según el cual sólo sería de aplicación a las sentencias arbitrales dictadas después de la entrada en vigor del Protocolo de 1923. Lo equilibrado de las votaciones obligó a silenciar el tema en el Convenio, aunque la doctrina⁴⁸ la práctica interpretan mayoritariamente el silencio a favor de la retroactividad.

16. La cuestión ha recibido una clara respuesta en la jurisprudencia española. Precisamente en la decisión que inaugura la última etapa de la práctica de nuestros tribunales, el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 11 de febrero de 1981, la parte española contraria a la ejecución del laudo arbitral extranjero opuso, entre otros argumentos, que el procedimiento arbitral se había iniciado con anterioridad a la incorporación de España al Convenio de Nueva York, oposición que no fue aceptada por el Tribunal Supremo⁴⁹. El razonamiento ha sido saludado por la generalidad de la doctrina española, insistiendo A. Remiro Brotons en lo insólito de que el condenado por una sentencia arbitral posea un

con completa independencia de que la nación de origen la haya suscrito o no, e igualmente con completa independencia de la nacionalidad de las personas naturales o jurídicas que hayan firmado el acuerdo sometido al arbitraje la diferencia o diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellos respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje, por lo que ninguna trascendencia tiene, a los efectos que aquí interesan, que la entidad solicitante sea panameña y que Panamá no se haya adherido a la repetida Convención" (CLJC, 1983, n° 497; RCEA, vol. I, 1984, pp. 193–195; RGD, 1984, pp. 733–734; Yearbook CA, vol. XI, 1986, p. 530 y nota de A. Borrás Rodríguez, REDI, vol. XXXVI, 1984, pp. 660–663).

⁴⁷ Vid. A. J. van Den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, La Haya, 1981, pp. 72–73.

⁴⁸ Vid. G. Franchi, "Sull'applicabilità della Convenzione di Nueva York ai patti arbitrali anteriori", *Giurisprudenza italiana*, I, 1, pp. 329–332.

⁴⁹ Aunque a través de un razonamiento incorrecto desde el punto de vista del Derecho de los tratados (cf. A.L. Calvo Caravaca, "Reconocimiento y ejecución...", *loc. cit.*, p. 222, y M. Virgós soriano, nota en REDI, vol. XXXIV, 1982, p. 504).

“derecho adquirido a la aplicación del régimen de reconocimiento y ejecución vigente en el momento en que devino obligatoria la decisión, se incoó el procedimiento o se concretó el acuerdo arbitral”⁵⁰. La jurisprudencia posterior ha confirmado con rotundidad la posición expresada⁵¹.

2. Acción del factor tiempo en el ámbito del Derecho aplicable

17. Constituye éste un sector clásico en el DIPr, que ha contado con un tratamiento doctrinal extraordinario tanto en la doctrina extranjera como en la española⁵² sobre el que no parece oportuno volver en este momento. Se imponen, tan sólo, unas reflexiones generales en torno al sistema español. La primera y más importante de ellas es la omisión en la reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974 de disposiciones transitorias para reglamentar los efectos de las nuevas normas sobre las situaciones generadas con anterioridad. Y ello sobre la base de tres datos esenciales: que el sistema anterior no respondía en su totalidad a criterios conflictuales, encontrándonos con un supuesto de sucesión de procedimientos de reglamentación que ofrecía una nueva dimensión al problema; que el sistema anterior, ante su insuficiente reglamentación, había sido completado por normas de origen jurisprudencial, cuyas soluciones no coincidían totalmente con las nuevas, y, por último, que el sistema anterior incluía determinadas normas de carácter convencional que quedaron contrariadas por las introducidas en 1974.

En el primer caso, baste retener que, como puso de relieve J.D. González Campos, “las razones avanzadas por la doctrina en favor de la retroactividad, en relación con el simple cambio operado en un sistema de normas de conflicto, no poseen igual entidad frente a un supuesto [...] de cambio en el tiempo de

⁵⁰ Cf. A. Remiro Brotons, *Ejecución...*, op. cit., p. 222.

⁵¹ Así lo puso de manifiesto el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 13 de octubre de 1983 al entender que “Si bien no ha de dejarse de cuestionarse la eficacia en el orden temporal de los Convenios de 1958 y 1961 y, por tanto, si amparan sus disposiciones a las sentencias arbitrales con independencia de la fecha en que fueron pronunciadas, para llegar a la conclusión afirmativa ha de tenerse en cuenta que a diferencia del Convenio de 1927, cuyo artículo 6 dispone que su normativa ‘no se aplicará mas que a las sentencias arbitrales dictadas después de la entrada en vigor del Protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje, abierto a la firma en Ginebra a partir del 24 de septiembre de 1923’, los otros dos no contienen limitación alguna de orden temporal, por lo que atendida su más completa y avanzada regulación ha de entenderse que pueden ser invocados para encauzar la ejecución de las sentencias arbitrales pronunciadas antes de ser presentado el Instrumento de adhesión por el Estado ante el cual se pretende el exequátur [...]” (*CLJC*, 1983, nº 508; *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 207–211 y nota de M. Desantes Real, *RCEA*, vol. II, 1985, pp. 211–215).

⁵² Entre nosotros la exposición más completa ha corrido a cargo de A. Ortiz Arce de la Fuente, “El Derecho Internacional Privado y sus problemas de validez temporal”, en M. Aguilar Navarro, *Derecho Internacional Privado*, I, II, parte Iª, 3ª ed., Madrid, 1977 (reimp.), pp. 135 ss.

los ‘métodos de solución’ que el DIPr puede utilizar”⁵³ y que la práctica española ofrece numerosos ejemplos de esta cuestión que reclaman un tratamiento pormenorizado; baste retener la incidencia sobre el art. 10.6.º C.c. del art. 1.4.º ET, por poner un ejemplo concreto. Del segundo y tercer problema habla por sí sola una de las más importantes decisiones de la jurisprudencia española en materia de DIPr: la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 12 de febrero de 1975⁵⁴. En esta decisión se recoge un típico problema de sucesión en el tiempo de la norma de conflicto del foro, del que la doctrina clásica del DIPr ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente.

18. No es éste el momento de exponer las soluciones adoptadas acerca del carácter retroactivo de la norma de conflicto, por contraposición al resto de las normas del Ordenamiento jurídico. Esta cuestión *alcanza* gran relevancia tras la entrada en vigor de un nuevo sistema conflictual (recuérdese la polémica que suscitó la entrada en vigor de la Ley de Introducción al código civil alemán en 1900)⁵⁵. Baste indicar que en la hora actual la mayoría de los autores se inclinan decididamente por la solución del problema con el concurso de las normas generales internas sobre irretroactividad de las leyes⁵⁶; si bien existen posiciones más matizadas.

Sin embargo, no todos los supuestos de sucesión en el tiempo de la norma de conflicto pueden solucionarse aplicando las mismas reglas. Podemos plantearnos, siguiendo la doctrina francesa, una serie de hipótesis posibles: *a)* sucesión en el tiempo de normas de conflicto legislativas; *b)* sucesión en el tiempo de

⁵³ Cf. J.D. González Campos, nota a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de abril de 1966, *REDI*, vol. XX, 1967, pp. 307 ss.

⁵⁴ J.C. Fernández Rozas, “Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto y ley rectora del estatuto personal del apátrida”, *Bol. Informativo del Departamento de Derecho Político (UNED)*, nº 3, 1979, pp. 201–236; *id.*, “Sobre la ley rectora del estatuto personal del apátrida”, *AESJ*, vols. VIII–IX, 1979–1980, pp. 27–76. La referida Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada pone el acento en la primera de las dimensiones apuntadas al afirmar al final de su razonamiento que: “[...] la normativa vigente del nuevo art. 9.10º Cc, en cuanto pudiera significar alguna desviación del concepto de domicilio a los efectos previstos en la mentada norma, o sea, como norma de conflicto, no podría tener aplicación, por razón de irretroactividad a la fecha en que se produjo la muerte”.

⁵⁵ J. Diena, “De la rétroactivité des dispositions législatives de droit international privé”, *Journ. dr. int.*, 1900, pp. 937 ss; D. Anzilotti, “La questione della retroattività delle regole di Diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int.*, 1970 (reproducido en sus *Scritti di Diritto internazionale privato*, Pádua, 1960, pp. 377–391); A. Giardina, *Successione di norma di conflitto*, Milán, 1970, pp. 16–21 (con abundante documentación, bibliográfica y jurisprudencial); B. Schneider, “L’application dans le temps des nouvelles règles de conflit. L’expérience allemande”, *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXVIII, 1972, pp. 164 ss.

⁵⁶ Así, A. Miaja de la Muela, tras examinar las doctrinas en presencia y a propósito de la entrada en vigor del Título Preliminar del Código civil de 1974, estimó que “no existe razón alguna para desviarse en su solución del criterio del correspondiente Derecho interno” (cf. *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7ª ed., Madrid, 1976, p. 365).

normas de conflicto de carácter jurisprudencial o consuetudinario; *c*) norma de conflicto legislativa en vigor, modificada por otra de carácter jurisprudencial o consuetudinario; *d*) norma de conflicto de carácter consuetudinario o jurisprudencial, modificada por otra posterior de carácter legislativo; *e*) norma de conflicto legislativa, modificada por otra contenida en un tratado internacional; *f*) sucesión en el tiempo de normas conflictuales de carácter convencional.

La posibilidad de encontrarnos con cada una de las hipótesis enunciadas está en relación directa con el sistema jurídico ante el que nos situemos. De ahí que las señaladas con las letras *c*) y, sobre todo, *b*) sean características de los países anglosajones, debido a la teoría del *juge-make law*. Los trabajos de F.A. Mann⁵⁷ abordan, en esta dirección, el *conflict between a statutory rule and judicial rule* con cierto detenimiento, tanto desde la perspectiva del *common law* como desde la óptica comparada.

El hecho de que la variante *b*) pueda originar un verdadero conflicto intertemporal ha sido negado por la doctrina continental, principalmente francesa. Concretamente, P. Roubier afirmó de forma tajante que el Derecho intertemporal regula de manera exclusiva los conflictos de leyes propiamente dichos, y que no pueden existir conflictos entre costumbres y leyes sucesivas⁵⁸, negando expresamente la existencia de conflictos intertemporales en tal hipótesis *b*). Esta conclusión, dadas las características de la escala de fuentes del Derecho español, pudiera ser igualmente válida para nosotros. No obstante, esta posición ha sido refutada con dureza por F. de Castro y Bravo, que entiende que el error de P. Roubier deriva “de haber pensado sólo en la evolución, casi imperceptible, de ciertas formaciones consuetudinarias y no haber considerado el hecho de poderse saber el momento en que una costumbre nace, ni el caso más corriente en que se conoce el momento del término de vigencia de una costumbre, por derogación legal”. Consecuentemente, a su juicio, debe estarse a la

⁵⁷ F. A. Mann, “The Time Element in the Conflict of Law”, *BYBIL*, vol. XXXI, 1954, pp. 217–247.

⁵⁸ En esta dirección, P. Roubier rechazó expresamente la posibilidad de “*conflicts dans le temps entre des coutumes ou jurisprudences successives*” sobre la base de que “*Une jurisprudence nouvelle s’applique toujours et dans tous les procès nouveaux, sans que l’on prenne en considération la date à laquelle les faits du procès se sont produits et quand bien même les faits seraient antérieurs au changements de jurisprudences*» (cf. P. Roubier, “Les conflits de lois dans le temps en droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1931, pp. 55 ss; *id.*, *Le droit transitoire...*, *op. cit.*, pp. 23–29). Al respecto, resulta de interés la Sentencia de la *Cour de cassation* (Sala 1ª civ.) de 19 de marzo de 1973 (*Bonomo-Harris c. Lelli*), *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 72 ss y nota de H. Batiffol, esp. pp. 78–80. Se trataba de la legitimación de un menor nacido en 1912 por un matrimonio celebrado en 1914, que se sometió, en ausencia de nacionalidad común de los padres, por la ley francesa correspondiente al domicilio de hecho común, de conformidad con una norma de conflicto establecida por la jurisprudencia inmediatamente anterior a la Ley de 3 de enero de 1972 sobre filiación (*vid.* el texto de esta Ley en J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho Internacional Privado. Materiales de prácticas*, Madrid, 1983, p. 460 y bibliografía allí citada).

regla general (art. 2.3º) del Código civil, de aplicación “con tanta razón que a la ley, a la nueva costumbre”⁵⁹.

Por el contrario, mayores problemas plantea la variante *c*), aunque la doctrina parece inclinarse hacia una respuesta positiva. Entre otras razones se señala el importante papel que desempeñan las normas consuetudinarias en determinados sistemas autónomos, como el francés, que poseen una estabilidad tal que pueden equipararse perfectamente a un sistema normativo de carácter legislativo⁶⁰. La transcripción de este razonamiento al DIPr español es más dudosa, sobre todo a partir de las situaciones creadas con posterioridad al Título Preliminar del Código civil. El único precedente favorable, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1867 (*M. D. Vázquez c. F. J. e I. Disdier*)⁶¹ debe rechazarse por estar formulada en un período histórico completamente superado⁶².

19. La hipótesis de sucesión en el tiempo de normas de conflicto legislativas puede explicarse a través del siguiente ejemplo: La Ley de Introducción al Código civil alemán, de 18 de agosto de 1896, incluyó en materia de estatuto personal del apátrida una singular conexión: la ley de su última nacionalidad⁶³; no obstante, para solucionar los problemas que su empleo ocasionaba, el párrafo 25 del § 7 de la *Familienrechtsanderungsgesetz* de 12 de abril de 1938 modificó la conexión anterior (junto con la *lex domicilii* que figuraba en el § 29 de la

⁵⁹ Cf. F. de Castro y Bravo, *Derecho Civil...*, *op. cit.*, p. 674.

⁶⁰ Cf. P. Graulich, “Conflit de lois dans le temps”, en *Encyclopédie Dalloz dr. int.*, vol. I, París, 1969, nº 19.

⁶¹ De acuerdo con esta famosa Sentencia: “de la mutua conveniencia de las naciones, al experimentar los males que necesariamente surgían de no admitir los efectos de las leyes extranjeras, ha venido el DIPr que tiene el carácter de consuetudinario [...]” (*RGLJ, Jurisp. Civ.*, t. 1867, pp. 340 ss; *Materiales de prácticas...*, *op. cit.*, pp. 166–167).

⁶² La norma de conflicto que rige el estatuto personal de los apátridas se presta admirablemente para poner de relieve el juego del resto de las variantes citadas. El caso *Swinkels c. Swinkels*, al plantarse en un periodo de inexistencia de norma de conflicto legislativa y ser resuelto por la Audiencia con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo art. 9.10º Cc, se incluye plenamente en la hipótesis *d*).

⁶³ En concreto el § 29 disponía que “Si una persona no pertenece a ningún Estado, siempre que las leyes del Estado al cual una persona pertenece sean declaradas competentes, sus relaciones jurídicas se regulan según las leyes del Estado al que la persona ha permanecido últimamente” [*Textos y materiales de Derecho internacional privado*, vol. I (*textos y documentos*), Madrid, 1970, p. 182]. Con ello el legislador alemán intentaba conservar hasta sus últimas consecuencias la relación entre la persona privada de la nacionalidad y el Estado del cual ésta había sido nacional. Todo ello en la línea tan querida al Derecho alemán de la máxima *iura ossibus inheret*. Pues bien, tras la masiva entrada de refugiados rusos en Alemania durante los años treinta, la aplicación de “la última ley nacional” traía como consecuencia la aplicación automática por parte de los tribunales del *Reich* del Derecho soviético (una vez solventado el problema del reconocimiento del Gobierno de los Soviets) y ello en modo alguno encajaba con la práctica judicial nacionalsocialista.

Ley de Introducción como subsidiaria) por la “residencia habitual”, conexión que fue aplicada en ocasiones con carácter retroactivo⁶⁴. En esta misma dimensión retroactiva, pero vinculada con el supuesto de las modificaciones territoriales suscitadas por una sucesión de Estados, se encuentra, en la jurisprudencia francesa, la Sentencia de la *Cour d'Appel* de Colmar de 14 de noviembre de 1929⁶⁵.

Desde la perspectiva del sistema autónomo español, la respuesta a esta hipótesis se complica por el hecho de que el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, guarda silencio sobre el régimen transitorio a seguir⁶⁶, y ante esta omisión

⁶⁴ J.C. Fernandez Rozas, “La ley rectora del estatuto personal del apátrida”, *AESJ* (Universidad de Granada), 1979–1980, pp. 27 ss. Con esta sustitución de la conexión surgió en Alemania el problema de la aplicación temporal de la nueva norma. “*Avrebbe dovuto essa applicarsi solo ai casi verificati dopo la sua entrata in vigore* —se cuestiona A. Giardina— o anche ai precedenti a tale momento?” (cf. A. Giardina, *op. cit.* en la nota 14, p. 39). Como ha puesto de relieve B. Schneider, la solución al interrogante puede comprobarse en un caso concreto planteado en 1960 ante el *Oberverwaltungsgericht* de Münster. Ante un asunto relativo a la sucesión de un título de nobleza ruso abolido por el Derecho soviético en 1938, dicho tribunal administrativo aplicó con carácter retroactivo el § 29 del *EGBGB* sobre la base de que el padre del interesado no había tenido contacto jamás con el régimen soviético. Dicha solución fue justamente criticada por el profesor suizo pues, según él, “*L’abolition d’un titre de noblesse est un fait accompli: en l’occurrence elle est intervenue conformément à la loi déclarée applicable par la règle allemande de conflit de l’époque: le titre ne saurait revivre par application de la loi matérielle allemande, désignée par la nouvelle règle de conflit*” (cf. B. Schneider, *loc. cit.*, p. 170).

⁶⁵ Se trataba aquí de la sucesión del Sr. Gutman, nacido en Alsacia y emigrado a Argentina en 1890. En el momento de salir de Alsacia el *de cuius* poseía la nacionalidad alemana, pues dicho territorio pertenecía en aquellos momentos a la soberanía alemana. Fijado su domicilio en Buenos Aires, el Sr. Gutman recibió años más tarde un documento expedido por las autoridades alemanas en el que se le comunicaba la pérdida de la nacionalidad y, al no nacionalizarse argentino, se convirtió en apátrida. Posteriormente se trasladó a Suiza, falleciendo en Ginebra en 1915. La cuestión planteada ante el tribunal era la de saber si podía ser aplicable a la devolución de la sucesión de la ley alemana designada por la norma de conflicto en vigor en el momento del fallecimiento (“ley de la última nacionalidad”) o la ley designada por la norma de conflicto francesa introducida en Alsacia por Ley de 24 de julio de 1921 y en vigor en el momento de someterse el asunto ante el tribunal (“ley del último domicilio”). No obstante, de seguirse esta última conexión se planteaba un problema ulterior: ¿cuál era el último domicilio del *de cuius*? Si se determinaba que Buenos Aires, sería entonces de aplicación la ley argentina; por el contrario, si se declaraba Ginebra, la ley suiza sería la que regiría la devolución de la sucesión. Precisamente para obviar este segundo problema el Tribunal de Colmar decidió aplicar la norma de conflicto alemana. Dicha elección entre dos normas de conflicto sucesivas se justificó —a juicio de B. Goldman— en el carácter más completo de la primera de las conexiones y en que la fecha del fallecimiento es la que determina los derechos de los herederos a la sucesión. La variación ulterior de la norma no modifica, en consecuencia, la situación creada al amparo de la primera. Según el profesor francés, en este caso era evidente una simple y clara aplicación de la norma interna de Derecho transitorio (*Journ. dr. int.*, 1930, p. 1039).

⁶⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 14 de noviembre de 1974 planteó indirectamente el problema intertemporal respecto a la recepción de los tratados en el Derecho interno español. Recuérdese que la Ley de Bases de 1973 consagraba una concepción dualista, en tanto que el actual art. 1.5º Cc se inclina por la tesis monista. *Vid.* la nota de L.I. Sánchez Rodríguez,

habría que poner de manifiesto el tema del eventual carácter retroactivo de la norma de conflicto en el Derecho español: ¿deberán primar los derechos adquiridos, o debe estarse a la nueva conexión sobre la base de la especialidad de la norma? La primera solución cuenta hoy con los plácemes de la doctrina, pero, en estricta aplicación de las disposiciones transitorias del Código civil — complementarias del actual párrafo 3º del art. 2 de este cuerpo legal— y considerando al DIPr como “Derecho de aplicación del Derecho”, el tema es susceptible de un examen más pormenorizado.

20. Pasando al estudio de la hipótesis planteada por la norma de conflicto consuetudinaria o jurisprudencial modificada por una norma de conflicto legislativa, cabe retener que es éste, propiamente, el supuesto suscitado por la Audiencia Territorial de Granada en el asunto *Swinkels c. Swinkels*. Ante el vacío legal del Código civil acerca de la ley rectora del estatuto personal del apátrida, la regla consagrada por la doctrina, jurisprudencia y disposiciones legales indirectas abonaba la tesis del domicilio, pero poco después de acudir el actor en segunda instancia se produjo la reforma del Código civil de 1974, que en su art. 9.10º incorporó la solución de “residencia habitual”⁶⁷.

REDI, vol. XXX, 1977, p. 126.

⁶⁷ *In casu*, no ofrece ninguna duda que la residencia habitual del Sr. Swinkels había sido Marbella; por tanto, en estricta aplicación del precepto, el hijo tenía derecho a la legítima, conforme al Derecho español. Sin embargo, esta situación de *facta pendentia* fue hábilmente resuelta por la Audiencia granadina en el sentido de identificar —sobre la base de la Exposición de Motivos del Decreto 1.836/1974 y del art. 40 Cc— el “domicilio” y la “residencia habitual”. Ahora bien, por si pudiera existir alguna duda al respecto, afirmó en la Sentencia el carácter irretroactivo de la norma de conflicto. ¿Era correcta esta última afirmación de la Audiencia Territorial de Granada? El interrogante pone de manifiesto, una vez más, la deficiencia del Decreto 1.836/1974 por no incluir normas de Derecho transitorio. Ello obliga a realizar un examen de la jurisprudencia española. En esta perspectiva debemos tener presentes, entre otras, dos importantes decisiones, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1934 (*RGLJ, Jurisp. Civ.*, t. 212, enero-febrero de 1934, pp. 297–312) y de 16 de enero de 1963; en esta última el Alto Tribunal afirmó categóricamente que “Es un principio fundamental que las disposiciones legales no ordenan más que para el porvenir ni rigen más actos que aquellos que se producen con posterioridad a su promulgación, por lo que las situaciones jurídicas creadas al amparo de una norma no pueden ser alteradas sin que el legislador dé expresamente efectos retroactivos a la disposición derogatoria, dado que el respeto de los derechos adquiridos exige que la promulgación de nuevas normas jurídicas no impida que los actos realizados bajo el amparo y vigencia de disposiciones anteriores puedan seguir produciendo efectos jurídicos durante el imperio de aquéllas excepto si la norma posterior ordenare expresamente la retroactividad” (*CLJC*, t. 115, enero de 1963, pp. 153–156). Ahora bien, la utilización de la conexión domiciliar determinante de la ley rectora del estatuto personal del apátrida ¿había adquirido carácter consuetudinario en el Derecho Internacional Privado español? Evidentemente no, a pesar de los precedentes existentes en nuestro sistema. Por tanto, la afirmación de irretroactividad realizada por la Audiencia Territorial de Granada, aun tratándose de *facta pendentia*, resulta irreprochable (prescindiendo de la errónea identificación entre domicilio y residencia habitual). Por el contrario, si la *lex domicilii* hubiese llegado a cristalizar en una norma consuetudinaria, la solución sería, a nuestro juicio, radicalmente diversa. En

Precedentes más operativos para el caso que nos ocupa encontramos en la jurisprudencia francesa. Como ha puesto de relieve P. Roubier⁶⁸ tras un examen de la jurisprudencia de los tribunales del país vecino, donde destaca la Sentencia de la *Cour de Casation* de 3 de noviembre de 1941, se puede deducir que el beneficiario de una sentencia, aunque haya sido apelada, está en posesión de un derecho adquirido que no le puede ser retirado por una ley nueva promulgada en el transcurso de la instancia de apelación. Pero debe tenerse en cuenta que el referido autor se mueve en el plano de la sucesión de normas legislativas no conflictuales, es decir, parte de la existencia de una norma anterior y no contempla una situación del tráfico privado externo. La cuestión a dilucidar es clara, ¿las reglas jurisprudenciales o consuetudinarias pueden crear, por contraposición a las normas legislativas, verdaderos conflictos de leyes en el tiempo?, o, si se quiere, ¿pueden tener las segundas efectos retroactivos sobre las primeras ante una situación de *faciá pendentia*? Como señalase C. Gavalda, el primer elemento favorable a una respuesta positiva vendría determinado por la escasez de textos legales donde se contienen las normas de conflicto⁶⁹. De ahí que sea menester remontarse en esta materia a la doctrina general de las fuentes del DIPr para examinar el papel que desempeña la costumbre en cada sistema.

21. La sucesión en el tiempo de normas de conflicto derivadas de la entrada en vigor de un tratado incluye las hipótesis señaladas con las letras *e*) y *f*), esto es, la sucesión en el tiempo de una norma de conflicto legislativa por otra de igual naturaleza, pero contenida en un tratado internacional, y la sucesión de dos normas de conflicto contenidas en tratados. La segunda, si bien nos conduce a un problema clásico del Derecho de los tratados, ofrece interesantes facetas en relación con el DIPr. En esencia nos hallamos ante dos problemas generales: las relaciones entre Derecho convencional y Derecho interno, y la aplicación de tratados sucesivos concernientes a una misma materia⁷⁰. La complejidad de dichas cuestiones y la metodología propia del Derecho Internacional Público necesaria para resolverlas obliga a un estudio pormenorizado, que nos limitamos simplemente a apuntar. Quede constancia, sin embargo, de que la práctica de los Convenios que obligan a nuestro país en el ámbito del DIPr

efecto, ante un conflicto entre costumbre antigua y ley nueva en un supuesto del tráfico jurídico externo, la retroactividad debería primar, en principio, sobre los derechos adquiridos.

⁶⁸ P. Roubier, "De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours", en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, París, 1960, p. 525.

⁶⁹ C. Gavalda, *op. cit.*, 17, pp. 194 ss.

⁷⁰ Sobre el particular, *vid.* con carácter general la obra de P. Tavernier, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et règles en droit international public*, París, 1970, y los siguientes trabajos: D. Bindschedler-Robert, "De la rétroactivité en droit international public", en *Hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, 1968, pp. 184–200; E. McWhinney, "The Time Dimension in International Law. Historical Relativism and Intertemporal Law", en *Essays in International Law in Honour of Juge Manfred Lachs*, La Haya, 1984, pp. 179–199.

ofrece una diversidad manifiesta y una clara tendencia al principio de especialización.

Sin ánimo de exhaustividad, se imponen unas consideraciones muy breves sobre ambas cuestiones. En cuanto a la primera, que se vincula al ámbito de aplicación espacial de los tratados internacionales, debe valorarse el alcance de la modificación operada por el tratado en cuestión pues en el supuesto de un Convenio “cerrado” o de ámbito territorial restringido, la modificación del DIPr autónomo sólo tendrá un alcance parcial; mientras que, en el caso de un convenio abierto o de alcance universal, su incorporación en el orden interno producirá una modificación de carácter general de la norma de DIPr. Un ejemplo característico viene dado por la incorporación de España al Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en cuyo art. 3 se dispone que “La ley designada por el Convenio se aplica con independencia de cualquier condición de reciprocidad, incluso si se trata de la ley de un Estado no contratante”. Se trata de una disposición con eficacia *erga omnes* cuya consecuencia inmediata es la sustitución de la norma del DIPr autónomo, concretamente el art. 9.7^a Cc⁷¹. Con independencia de la precisión anterior, la solución general al problema no es otra que la irretroactividad de la *lex posterior* incluida en el convenio; son las normas generales del ordenamiento internacional (art. 30 del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados) o las disposiciones transitorias insertas en el concreto convenio internacional las que ofrezcan la respuesta adecuada⁷².

Respecto a la cuestión relativa a la sucesión en el tiempo de convenios internacionales de DIPr, con carácter general debe estarse a lo dispuesto en el referido art. 30 del Convenio de Viena de 1969 y, de esta suerte, precisaremos el Convenio aplicable al caso concreto. Con posterioridad será menester acudir a las disposiciones transitorias de este último, que, en principio, incluirán la irretroactividad a menos que las partes no dispongan otra cosa⁷³.

⁷¹ Vid. este problema con mayor amplitud en J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., pp. 149–151.

⁷² Al comprobarse la incompatibilidad de la conexión del art. 9.10^o Cc con la contenida en el art. 12.1^o del Convenio de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, el Gobierno español formuló una reserva en cuanto a la aplicación del citado precepto. Por esta vía, en materia de estatuto personal de los refugiados no cabe plantearse ningún problema intertemporal en la dimensión examinada.

⁷³ Por ejemplo, el art. 17 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 establece que: “El Convenio se aplicará en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en tal Estado”. Asimismo, el art. 17.1^o del Convenio de La Haya sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961, establece que: “El presente Convenio sólo se aplicará a las medidas adoptadas después de su entrada en vigor”. La práctica ofrece, sin embargo, situaciones de gran complejidad; así, en la Sentencia del Tribunal de *Grande Instance* de Compiègne de 13 de abril de 1976 (*Dame Mazurek / Lis*) (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, pp. 718–720 y nota de P. Lagarde, pp. 721–723), ante una demanda de divorcio interpuesta por una polaca contra su

IV. Consideraciones finales

22. Reproduciendo aquí las consideraciones realizadas en un principio, y atendiendo a los nuevos valores que se incorporarán cuando llegue a fin la reforma en curso de las normas de DIPr del Título Preliminar, debe resaltarse que ésta quedará mermada si no incluye normas transitorias que extiendan los nuevos valores a las situaciones constituidas con anterioridad. Algunos ejemplos seguidos en las últimas reformas globales del DIPr en Europa avalan esta afirmación aunque con un contenido diverso. En concreto, la Ley federal suiza de DIPr de 18 de diciembre de 1987, fiel al esquema tripartito (competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones) que hemos seguido en el presente trabajo, tras establecer con carácter general la regla de la irretroactividad (art. 196), fija soluciones concretas en los tres artículos siguientes para cada uno de estos sectores⁷⁴. Se trata de una especialización en orden al contenido del D.LPr., pero adolece de excesiva generalidad, al no precisar la extensión retroactiva de la ley a determinados supuestos concretos.

Más matizada es la solución adoptada en Alemania, pues la disposición transitoria que incluye la Ley de reforma del *EGBGB* de 25 de julio de 1986 es un ejemplo a seguir en cuanto a técnica jurídica⁷⁵. Baste señalar que en extensión

marido, igualmente polaco, estando ambos cónyuges domiciliados en Francia, se cuestionó la determinación de la ley aplicable al mismo. De acuerdo con el art. 8.1° del Convenio franco-polaco de 1967 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1969, pp. 329–333), era de aplicación la ley polaca (“*loi de la Haute partie contractante dont les époux ont la nationalité à la date de présentation de la demande*”), pero, dada la cualidad de refugiado del marido, esta situación quedaba afectada por el art. 12.1.° del Convenio de Ginebra de 1951, debiendo aplicarse, consecuentemente, la ley francesa. ¿Qué respuesta damos a un conflicto entre normas de conflicto contenidas en Convenios sucesivos? Si atendemos a la regla general del art. 30 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados, debía prevalecer la conexión prevista en el Convenio franco-polaco, ya que Francia se adhirió al Convenio de 1951 en 1954 (bien entendido que el Convenio de Viena no es aplicable al caso en virtud de la norma de irretroactividad contenida en su art. 4, pero no olvidemos que incorpora una costumbre reiterada en la materia). De otra parte, si el matrimonio Lis se hubiese establecido en Francia con anterioridad a 1967, habría sido factible la alegación por el marido de un derecho adquirido; pero esto no era posible dado que su fecha de entrada en Francia era posterior. El Juez francés resolvió el problema aplicando la ley francesa sobre la base de que la cualidad de refugiado del demandado obligaba a acudir al art. 8.2.° del Convenio franco-polaco de 1967, según el cual “Si en la fecha de la presentación de la demanda de divorcio uno de los esposos tiene la nacionalidad de una de las Altas Partes contratantes y el segundo la de la otra, el divorcio se declara según la ley de la alta Parte contratante en cuyo territorio estén domiciliados los esposos o hubieran tenido el último domicilio”.

⁷⁴ A. Bucher, *Droit international privé. Loi fédérale et Conventions internationales*, Basilea, 1991, pp. 47–48.

⁷⁵ *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 183–184; texto castellano en *REDI*, vol. XL, 1988, pp. 326–

casi supera a la de los arts. 8 a 12 Cc, siendo un ejemplo de especialización de las soluciones en el tiempo afectadas por las nuevas disposiciones. Se incluye una norma de carácter general (“Permanece aplicable el DIPr anterior a las situaciones concluidas antes del 1 de septiembre de 1987”) y, a continuación, soluciones de retroactividad en orden a las relaciones jurídico-familiares, a los efectos derivados del régimen económico matrimonial, al nombre, etc. No se trata, en modo alguno, de un sistema completo de disposiciones transitorias específicas para supuestos del tráfico externo, pero es un ejemplo inequívoco de la tendencia indicada. La especialización en este sentido se expresa claramente, para las obligaciones contractuales, en el art. 17 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. El principio de irretroactividad respecto de los contratos celebrados antes de su entrada en vigor es plenamente consecuente con el especial valor que la previsibilidad del Derecho, como elemento de seguridad del tráfico y de eficiencia económica, tiene en el sector de la contratación internacional.

23. Hemos tenido ocasión de poner de relieve cómo las relaciones entre conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo no es una cuestión ajena al DIPr como sistema normativo regulador de las situaciones privadas internacionales; también, que el principio de especialización se proyecta en ambas dimensiones. Es de justicia recordar que ya en 1939 H. Lewald había llamado la atención de que, por lo general, las normas de conflicto contenían nociones extremadamente largas y genéricas, herencia evidente de la tripartición estatutaria frente a las que se alzaba la experiencia alemana del *Systembegriffe*; conceptos sistemáticos que tendían a fragmentar los enunciados del supuesto de hecho de las normas de conflicto a través de un método casuístico. Se trata, en definitiva, de una reacción de la doctrina alemana basada en el principio de especialización. Si bien dicho principio tenía un terreno abonado para su desarrollo, el ámbito de las obligaciones contractuales, afectaba a todos los sectores del DIPr. El problema esencial consistía en determinar hasta qué punto convenía descomponer una determinada relación jurídica⁷⁶.

Las demandas sociales que configuran los valores introducidos por el legislador en la norma tienden a desarrollar hoy la especialización apuntada con un claro rechazo a la situación unitaria tradicional⁷⁷ y si esto es así en el plano

327.

⁷⁶ H. Lewald, “Regles générales des conflits de lois”, *R. des C.*, t. 69 (1939–III), pp. 12–17.

⁷⁷ La posición ha encontrado, sin embargo, detractores. Como ha puesto de relieve Y. Lequette, existe en la hora actual una corriente “*certes diffus mais assez puissant qui repose sur le postulat que le progrès de la molliere résiderait dans l’élaboration de regles de conflit toujours plus affirmées plus ¿traites. Or il nous semble qu’une telle tendance, en accroissant les risques de morcellement, cree sans doute plus de problèmes qu’elle n’en résout*” [cf. “Ensembles législatifs et droit international privé des successions”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1982–1983 et 1983–

espacial lo propio cabe decir del plano intertemporal. Frente a la norma genérica, se observa un desarrollo creciente de las normas sustanciales que aseguran la transición entre leyes sucesivas⁷⁸. Normas sustanciales o, si se quiere, “normas de Derecho transitorio material”, cuya formulación ha corrido paralela, curiosamente, al debate en torno al pluralismo metodológico en DIPr que tuvo lugar a lo largo de los años setenta. A partir de aquí cabe afirmar que el grado de especialización de las normas de conflicto en el espacio y en el tiempo constituye una opción de política legislativa que está en estrecha relación con la sectorialización del Derecho privado. Indudablemente el fenómeno no se proyecta con igual intensidad en todos los sectores; unos reclaman con más fuerza la especialización en tanto que en otros la necesidad no se suscita e, incluso, puede resultar contraproducente. De ahí la importancia de establecer un sistema de normas transitorias para la reglamentación del tráfico externo que combine la solución general tradicional, que incorpora un indudable valor, la seguridad jurídica, con reglas especiales que extiendan las conquistas jurídicas de una sociedad democrática a situaciones generadas con anterioridad (igualdad de los esposos y de los hijos ante la ley, eficiencia global del mercado, etc.).

1984), París, 1986, p. 164].

⁷⁸ F. Dekeuwer-Defossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, París, 1977, pp. 205 ss.